

BIROn - Birkbeck Institutional Research Online

Comparato, Guido (2018) Qu'est-ce que le droit privé réglementaire européen ? Enjeux et perspectives. *Revue internationale de droit économique* 32 (2), pp. 123-135. ISSN 1010-8831.

Downloaded from: <https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/30622/>

Usage Guidelines:

Please refer to usage guidelines at <https://eprints.bbk.ac.uk/policies.html>
contact lib-eprints@bbk.ac.uk.

or alternatively

Qu'est-ce que le droit privé réglementaire européen ?

Enjeux et perspectives ¹

Guido COMPARATO ²

Résumé : Le droit privé ne peut plus être compris en se référant exclusivement au droit général des contrats que l'on trouve dans les codifications nationales ou dans les décisions de principe des tribunaux. L'influence grandissante des règlements et directives européens destinés à réaliser des objectifs politiques spécifiques, l'interprétation du droit national à la lumière des objectifs économiques selon une dimension transnationale et le développement d'espaces alternatifs, mais percutants, d'élaboration du droit et de règlement des différends, tant aux niveaux européen que nationaux, contribuent à mettre en évidence ce que l'on qualifie de droit privé réglementaire européen. La présente contribution propose une introduction à cette notion et se concentre, en particulier, sur ses fondements théoriques clés, en mettant en exergue tant leur importance pour le droit privé que les problématiques qui en découlent, notamment une discussion autour des critiques qui ont été émises à leur encontre.

Les débats contemporains relatifs au droit privé européen suivent deux principales voies. La première voie a été initialement tracée par un exercice académique de droit comparé qui s'est concentré sur la question de savoir comment des systèmes juridiques européens différents ont résolu des problèmes sociaux similaires, démontrant l'existence d'une convergence des valeurs et d'un noyau commun du droit général des contrats en Europe³. La seconde voie a été forgée par des auteurs qui ont analysé le droit positif produit par l'Union européenne ayant l'incidence la plus directe sur les systèmes juridiques privés nationaux. Après avoir constaté que le projet de l'Union européenne était à la hauteur de

¹ Cette introduction est inspirée d'un article plus ancien de l'auteur : « Public Policy through Private Law: Introduction to a Debate on European Regulatory Private Law », *European Law Journal*, 22(5), 2016, 621-626. Le projet ERPL a reçu un financement du Conseil européen de la recherche sous le Septième Programme-Cadre de l'Union européenne (FP/2007–2013)/ERC Grant Agreement n. 269722. L'auteur souhaiterait remercier Hans Micklitz et Yane Svetiev pour leurs précieux commentaires.

² Maître de conférences (*lecturer*) en droit au Birkbeck College, University of London.

³ Voir les nombreuses publications réalisées dans le cadre du projet du Common Core of European Private Law initié à Trento ; parmi de nombreuses illustrations : M. Bussani & U. Mattei (eds.), *The Common Core of European Contract Law. Essays on the Project*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

son succès et de son ambition, ces deux voies ont été fusionnées afin d'explorer les possibilités de codifier un corps commun de règles sur le droit général des contrats⁴, constituant un autre exercice académique qui a finalement reçu une couverture politique. En raison de l'abandon définitif des différents projets européens de codification et des défis lancés à l'intégration européenne par la crise financière et politique, les chercheurs de droit public et de droit privé ont développé un scepticisme croissant vis-à-vis de la structure et de la philosophie de l'Union européenne ainsi que de son ambition cosmopolite ratée⁵.

La peur que les projets européens d'harmonisation du droit général des contrats, en particulier sous la forme controversée d'une codification qui entrerait en concurrence avec les codes nationaux, puissent de plus en plus supplanter la structure de base des droits nationaux des contrats, a contribué au malaise de ceux qui craignaient une « attaque supranationale » du droit hérité de la tradition. Cette peur a contribué à la résistance émergente envers le droit de l'Union européenne et, finalement, à une certaine impasse dans le processus d'harmonisation. Alors que ces événements ont attiré l'attention des auteurs, qui se sont concentrés sur les évolutions du droit général des contrats soit au niveau européen, soit au niveau national, lequel a aussi été caractérisé par l'adoption d'importantes réformes du droit des obligations, de profonds changements ont été mis en œuvre loin des projecteurs du droit général des contrats.

À la place, le projet de recherche sur le Droit privé réglementaire européen (ERPL), basé à l'Institut universitaire européen de Florence, s'est concentré sur la réglementation d'activités économiques qui, en dépit de leur importance commerciale, ne retiennent généralement pas l'attention des auteurs et qui ont souvent été négligées par un discours de droit privé européen presque entièrement dédié au droit de la consommation et aux thèmes du droit général des contrats dans le cadre du processus d'intégration européenne⁶. Alors que l'archétype contractuel sur lequel est fondée l'analyse traditionnelle du droit général des contrats est le contrat de vente, le Droit privé réglementaire européen a analysé les services, qui sont probablement, d'un point de vue historique, la catégorie la plus dynamique, ce qui est en cohérence avec l'observation selon laquelle les services

⁴ Il y a eu un immense débat académique relatif au Projet de Cadre Commun de Référence. Voir, parmi d'autres : H. Eidenmüller, F. Faust, H.C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, « The Common Frame of Reference for European Private Law. Policy Choices and Codification Problems », *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, 659-708 ; A. Somma (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, The Hague, Kluwer, 2009 ; P. Larouche & F. Chirico (eds.) *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, Sellier, 2010 ; V. Sagaert, M. Storme, E. Terryn (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: National and Comparative Perspectives*, Antwerp, Intersentia, 2012.

⁵ Voir, en particulier, A. Somek, « Europe: Political, not Cosmopolitan », *European Law Journal*, 20, 2014, 142-163. Pour une discussion de ce contexte, voir également Y. Svetiev, « Économisation ou expérimentalisme dans le droit privé sectoriel de l'Union européenne ? », dans ce numéro.

⁶ H.-W. Micklitz, « The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation », *Yearbook of European Law*, 28(1), 2009, 3-59. Voir aussi M.W. Hesselink, « Droit privé, réglementation et justice », dans ce numéro.

sont désormais devenus l'activité la plus importante au sein des économies européenne et mondiale. Les services qui font l'objet de cette analyse de droit privé européen incluent, en particulier, des secteurs tels que l'énergie, les télécommunications, les transports, la finance et la santé, pour n'en citer que quelques-uns.

Bien que les contrats conclus dans tous ces secteurs soient encore soumis aux doctrines du droit général des contrats, la réglementation de ces activités et des contrats conclus dans ces secteurs présente quelques traits particuliers. En réalité, ce sont les secteurs qui ont été affectés, au fil des ans, par des processus de libéralisation et de privatisation – pas seulement au sein de l'Union européenne. Ceux-ci n'ont pas seulement conduit à un remplacement partiel de l'État par le secteur privé, mais ils ont surtout attribué un nouveau rôle à la sphère publique elle-même, les relations interpersonnelles gouvernées par le droit privé ayant également été affectées. Par exemple, dans le cas des services de santé, « la libéralisation et la privatisation des services de santé n'ont pas seulement eu un impact sur la manière dont le secteur de la santé est organisé. Elles ont également eu un impact sur la relation entre médecins et patients »⁷. Dans le même esprit, dans le cas des services financiers, le développement du phénomène dit de la « financiarisation », consistant en une importance grandissante du secteur financier dans l'économie d'un pays et, de manière contextuelle, en une dépendance croissante des services publics envers les services financiers, exige désormais de rendre plus facile l'accès aux services financiers par les citoyens ayant besoin de ressources économiques pour augmenter leur bien-être personnel, menant à des réformes de plusieurs branches du droit⁸. D'autres exemples pourraient être cités. Un examen plus approfondi révèle que de tels secteurs sont caractérisés par des dynamiques qui mettent en évidence le développement d'un droit privé sous la forme d'obligations sectorielles présentant une forte connotation réglementaire sous l'influence du droit de l'Union européenne. L'image du droit privé résulte de l'intersection complexe entre les doctrines et principes généraux qui s'appliquent horizontalement à tous les secteurs et les régimes spécifiques « verticaux » à chaque secteur, lui-même caractérisé par ses propres principes et logiques. Ce qui émerge de tous ces exemples est que le rôle du droit des contrats a gagné en importance, puisque les dispositions de droit public ont laissé place au droit privé. Mais le droit privé est lui-même affecté par ce changement, puisqu'il est à présent empreint de davantage de buts et objectifs⁹ qui dépassent l'image traditionnelle et probablement erronée du contrat, considéré comme le résultat de la libre rencontre de deux volontés protégée par le droit, sauf quelques exceptions relatives à l'ordre public. Le résultat le plus immédiat est que le droit privé devient un instrument pour accomplir davantage d'objectifs de politique publique soit au niveau européen, soit au niveau national. Cette caractéristique du droit

⁷ B. Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law. Paradoxes of Convergence*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 87.

⁸ G. Comparato, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

⁹ Sur les transformations du droit privé, voir H.-W. Micklitz & Y. Svetiev, « The Transformation(s) of Private Law », in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato (eds.), *European Regulatory Private Law. The Paradigms Tested*, EUI Working Paper 2014/04.

privé européen avait déjà été mise en évidence au moins au regard de l'objectif du marché intérieur¹⁰. Récemment, Hugh Collins a décrit ces caractéristiques du droit européen des contrats comme étant la preuve d'une trajectoire révolutionnaire : sa forte instrumentalisation au service de l'objectif de complétion du marché intérieur, sa tendance à voir les sujets juridiques et leurs intérêts non « comme des fins en soi », mais plutôt comme un moyen de s'adresser à « des entités économiques fonctionnant sur le marché et le marché lui-même »¹¹, ainsi que son incomplétude, concourent à mettre en évidence une sorte de « droit-tech » différent, de manière inhérente, du droit privé classique. Il s'agit d'évolutions profondes qui, bien qu'elles émanent largement de l'Union européenne, intéressent en réalité, de façon générale, le droit privé « européen » et non simplement le droit privé « de l'Union européenne ».

Ni l'approche académique traditionnelle du droit privé ni la manière dont le droit privé européen a été jusqu'alors traditionnellement étudié ne permettent de prendre correctement en compte les dynamiques susmentionnées – il se peut même qu'elles les dissimulent. L'approche traditionnelle voit le droit privé comme un système basé sur l'autonomie et fondé sur la justice commutative qui devrait offrir à des individus égaux et construits normativement les moyens de poursuivre au mieux leurs transactions privées, tandis que le système juridique n'interviendra normalement pas pour amender les contrats librement négociés entre des agents moraux libres. Cette compréhension du droit privé n'autorise les intrusions dans les accords privés que pour des raisons d'intérêt général supérieures qui sont interprétées strictement. Par conséquent, elle n'exclut pas que le droit privé soit fonctionnellement pertinent pour façonner les relations interpersonnelles selon un certain idéal, mais elle réduit sa capacité à être utilisé comme un instrument pour poursuivre des objectifs publics plus poussés. Cette vue est fonctionnelle pour le maintien d'une séparation plus ou moins claire entre le droit public et le droit privé.

Mais cette analyse ne correspond pas entièrement à une réalité sociale et économique dans laquelle le droit privé n'apparaît pas comme étant soit entièrement fondé sur l'autonomie, soit entièrement orienté vers le social. D'autres objectifs évolutifs apparaissent pertinents pour le droit privé réglementaire, allant de la nécessité de garantir l'équité dans les transactions à la promotion de la concurrence, à l'établissement du marché intérieur (incluant son dernier né : le marché unique numérique), à la promotion de la stabilité dans le secteur financier. Une conceptualisation différente semble nécessaire pour rendre compte du fort caractère instrumental du droit et des limitations de la liberté contractuelle qui peuvent, de manière paradoxale, étendre l'autonomie contractuelle au sein du marché intérieur.

Concomitamment, même les canaux à travers lesquels ce droit est créé ne répondent pas toujours aux études traditionnelles des sources du droit privé, à une distinction claire entre

¹⁰ C.U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

¹¹ H. Collins, « The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-national Law », in S. Worthington, A. Robertson, G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 315-336, 321.

adjudication et législation, et souvent centrées sur l'idée de code systématique ou de cohérence d'ensemble en Europe continentale. Ils répondent encore moins à la vue d'un droit jurisprudentiel en *common law* : dans quelle mesure est-il réaliste d'insister, par exemple, sur l'approche libérale de la *common law* vis-à-vis de l'usure, lorsqu'une entité régulatrice financière limite finalement les taux d'intérêt sur les crédits à coûts élevés et à court terme (appelés les prêts sur salaire) ? Chaque secteur est caractérisé par une conception institutionnelle spécifique et implique une pluralité d'acteurs non standardisés, des procédures de création normative et de règlement des différends.

Mais quelles sont les valeurs normatives entérinées dans ce droit, si tant est qu'il y en ait, et quels sont les objectifs politiques promus par sa nature instrumentale ? Après une période caractérisée par une augmentation des directives détaillées relatives au nouveau droit de la consommation et durant laquelle l'harmonisation des droits est presque apparue comme un objectif en soi, une attention et une précision accrues ont été nécessaires, dans les années les plus récentes et désenchantées, pour identifier les objectifs devant être poursuivis par les règles de l'Union européenne. La législation de l'Union européenne a traditionnellement principalement mis l'accent sur le besoin d'établir un marché intérieur caractérisé par la concurrence entre les participants au marché, mais cette vue nécessite une certaine clarification. D'une part, la réalisation du marché intérieur peut légitimer diverses interventions inspirées par des principes différents. D'autre part, d'autres objectifs ont émergé au fil du temps, alors que différents secteurs ont développé leurs propres sous-principes qui sont montés en puissance, tels que l'objectif de stabilité financière susmentionné. Dans ce contexte, même la concurrence n'apparaît pas comme étant le seul objectif prépondérant dans différents contextes économiques et industriels.

Cela conduit à soulever deux questions plus larges. En premier lieu, comment le droit privé réglementaire européen interagit-il avec l'approche « traditionnelle » du droit privé et les ordres juridiques nationaux plus généralement ? En second lieu, comment les règles et principes de droit privé de chaque secteur économique interagissent-ils les uns avec les autres ? La réponse à ces questions dépend, en partie, des valeurs entérinées dans chacun des systèmes juridiques considérés. Quant à la première question, qui ne peut qu'être brièvement traitée ici, il est possible d'observer différents modes d'interaction qui sont à l'œuvre dans différentes instances, consistant soit en une intrusion et une substitution, une convergence, une hybridation des domaines, soit en un conflit et une résistance¹².

Sur la seconde question, se concentrer sur la rationalité des règles et procédures des différents secteurs peut rendre difficile l'identification des principes supérieurs et de la rationalité du système de droit privé dans son ensemble. Le droit privé européen met en évidence une tendance à la sectorisation, qui, d'une part, peut refléter la réalité empirique d'une économie fortement spécialisée, mais qui, d'autre part, remet théoriquement en cause la cohérence du système juridique lui-même, le remplaçant avec plusieurs sous-systèmes de droit économique plus petits dans un processus de fragmentation continue

¹² H.-W. Micklitz & Y. Svetiev (eds.), *A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?*, ERPL 01, EUI Working Paper 2012/31.

qui, sur le long terme, met dangereusement l'accent sur la « technicalité » des règles au détriment de leur sens politique. Chaque secteur est largement fermé, et séparé des autres, et la communication des règles et principes entre de tels secteurs isolés ne se produit pas toujours directement : les problèmes rencontrés dans le secteur des télécommunications peuvent être différents de ceux des secteurs de l'énergie ou des services financiers. Si tel est le cas, serait-il possible de parler d'un ordre de droit privé réglementaire qui recouvre l'ensemble de ces domaines, et qui pourrait être rationalisé à travers certains principes normatifs et non technocratiques ? Si tel n'est pas le cas, nous demeurerions avec une description d'un ensemble de tendances disparates émergeant de l'économie, couplé avec des approches légales/réglementaires différentes développées provisoirement pour leur faire face. De plus, puisque la gouvernance des aspects techniques intriqués de ces secteurs dépend de plus en plus de pratiques de co-régulation et d'autorégulation qui manquent probablement de transparence, émerge un risque de nouvelle dépolitisation du droit privé. Ici, l'idée d'un « droit techno », en tant que produit d'entités technocratiques¹³, commence à assumer une connotation plus troublante. C'est ici qu'intervient l'élaboration normative théorique du droit privé réglementaire européen, dont l'objectif est d'identifier, en dépit d'une telle fragmentation, certaines caractéristiques et valeurs normatives communes qui peuvent devenir l'objet de discussions. En effet, les règles juridiques prennent différentes formes et sont souvent modifiées via des dispositifs institutionnels favorisant l'expérimentalisme plutôt que la mise en place de solutions stables. Mais, dans le même temps, ces règles et procédures sont toujours censées réaliser des objectifs de politique publique identifiables. Elles sont inspirées par des principes normatifs clairs. Ceux-ci incluent les concepts d'autonomie réglementée et de justice de l'accès.

La notion d'autonomie réglementée conceptualise le caractère fortement instrumental du droit privé, qui à la fois limite et étend l'autonomie privée afin de réaliser différents objectifs politiques au sein du marché intérieur¹⁴. À nouveau, cette notion ne se réfère pas exclusivement à l'autonomie privée des secteurs économiques susmentionnés ni à celle du droit de l'Union européenne, puisque l'autonomie est en réalité habituellement réglementée au niveau national. Elle contraste néanmoins avec les conceptions traditionnelles de l'autonomie privée qui sont répandues dans le cadre de la caractérisation du droit privé général (au niveau national, mais peut-être aussi au niveau de l'Union européenne dans les différents projets académiques) selon lesquelles l'autonomie privée est un état des choses presque naturel relativement indifférent, sinon opposé, à l'environnement réglementaire.

Un trait caractéristique de l'autonomie réglementée réside dans la coexistence de deux éléments, l'extension et la limitation, qui représentent la projection des catégories de l'autonomie et de la réglementation dans le contexte du marché intérieur européen. Alors

¹³ H. Collins, « The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-national Law », *op. cit.*, n. 11, 318.

¹⁴ G. Comparato & H.-W. Micklitz, « Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU », in U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2013, 121.

qu'une partie de la littérature et que la plupart des débats politiques et sociaux portant sur le droit européen se concentrent alternativement sur l'un ou l'autre de ces deux éléments, soulignant – louant ou critiquant – soit la connotation libérale, soit le caractère intrusif du droit dans les libertés individuelles, ces deux lectures doivent être intégrées afin d'appréhender l'ensemble des éléments de l'autonomie. La reconnaissance des libertés personnelles et économiques, désormais renforcée par les processus de libéralisation et de privatisation, n'est pas absolue ; elle a nécessairement un pendant qui consiste à réglementer ces libertés. Ainsi, au sein des catégories de droit privé, l'autonomie privée n'est pas seulement contrebalancée mais aussi coproduite par la réglementation¹⁵.

Le concept de justice de l'accès concerne la manière dont les objectifs privés sectoriels tendent à la promotion de l'accès à différents secteurs économiques¹⁶. Les exemples incluent l'accès des tiers aux infrastructures, ou à l'information, ou un droit des consommateurs à avoir accès à l'énergie ou même d'être « inclus » financièrement. Dans ce contexte, la possibilité même d'être exclu de ce marché équivaut à l'injustice, appelant une action corrective du droit. Toutefois, la question de savoir si ce marché dans lequel le sujet a été inclus est de la justice *per se* demeure une question probablement différente. De nouveau, l'idée d'accès n'est pas une valeur substantielle en elle-même, puisque l'accès peut être fourni pour des raisons économiques ou sociales¹⁷, par exemple parce que la création d'un marché financier intégré exige que « tous les participants sur un tel marché [...] aient un accès égal à cet ensemble d'instruments ou services financiers et [...] soient traités de façon égalitaire lorsqu'ils opèrent sur le marché »¹⁸, ou parce qu'il est socialement souhaitable de fournir un accès à l'énergie ou à des comptes de paiement à l'égard des individus moins avantagés afin de construire une « économie moderne socialement inclusive »¹⁹. L'idée d'accès figure également à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux qui « reconnaît et respecte » l'accès aux services d'intérêt économique général. Alors que la dichotomie entre justice commutative et justice distributive a concentré l'intérêt de la plupart des discussions théoriques en droit privé européen, le droit privé réglementaire européen envisage un concept de justice différent, qui est ancré dans une tradition philosophique moins illustre, mais qui émerge néanmoins puissamment d'une réalité empirique du droit de l'Union européenne.

Ces conceptualisations de l'autonomie et de la justice peuvent, à plusieurs égards, faire l'objet de critiques, suscitant un débat qui va bien au-delà des secteurs initialement mentionnés. D'une part, l'autonomie réglementée pourrait sans aucun doute transformer

¹⁵ G. Comparato, « Private Autonomy and Regulation in the EU Case-law », in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato (eds.) *European Regulatory Private Law. The Paradigms Tested*, op. cit., n. 9.

¹⁶ H.-W. Micklitz, Social Justice and Access Justice in Private Law, EUI Working Paper LAW 2011/02.

¹⁷ G. Comparato, The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law, op. cit., n. 8.

¹⁸ European Central Bank, Financial Integration in Europe, March 2007, 5.

¹⁹ Directive 2014/92/EU, considérant 7.

l'autonomie privée en dispositif réglementaire, remettant encore en cause la distinction entre le droit privé et le droit public et repoussant les choix et relations individuels sur l'autel des politiques publiques²⁰. En dépit de l'attractivité grandissante du discours réaliste juridique qui tend à mettre en évidence la dimension politique de questions *a priori* techniques du droit privé, il est en réalité également notable que le formalisme et la distinction connexe entre droit public et droit privé, en particulier en Europe, ont, historiquement, exercé une fonction politique très utile²¹. D'autre part, il est possible de critiquer la notion d'accès en raison de son indifférence potentielle vis-à-vis des questions de justice substantielle et de leur adéquation mutuelle²². La réponse dépend en partie de la réponse à donner à la question soulevée ci-avant, relative aux modèles d'intégration entre le droit privé réglementaire européen et le droit privé plus généralement. Si le premier comprend une notion de justice de l'accès et le second une notion de justice commutative/distributive, la justice de l'accès supplante-t-elle d'autres idées de justice ? Ces notions s'hybrideraient-elles mutuellement ou coexisteraient-elles et se complèteraient-elles à différents niveaux – par exemple les niveaux européen et national – ou bien entreraient-elles irrémédiablement en conflit ? Selon Micklitz, cette notion n'est pas censée remplacer ces autres acceptions de justice, mais elle apparaît comme étant le modèle pour mieux rationaliser l'approche du droit privé réglementaire européen. Il ne peut pas non plus être soutenu que le remplacement des notions plus substantielles de justice par la justice de l'accès constituerait un résultat souhaitable. En tout état de cause, les rapports entre ces concepts sont complexes et les réactions académiques et politiques au lendemain des fameuses affaires *Viking*²³ et *Laval*²⁴ montrent combien la relation entre justice sociale et l'accès au marché (du travail en l'espèce) peut être conflictuelle. Le problème est encore amplifié lorsque ces notions sont associées à des rôles géopolitiques relatifs à la dichotomie entre anciens et nouveaux États membres²⁵.

Pour les raisons susmentionnées, étudier les règles et procédures adoptées dans des domaines économiques spécifiques donne lieu à une série d'études qui intéressent non seulement le secteur dans lequel elles sont applicables, mais qui sont aussi d'une nature plus générale.

Les différentes contributions réunies dans ce numéro spécial traitent aussi bien du thème de la transformation du droit privé à travers la concurrence (Micklitz) et de la réglementation (Svetiev) que de certaines questions théoriques que ces évolutions peuvent

²⁰ Voir H. Dagan, « Entre droit privé réglementaire et droit privé fondé sur l'autonomie », dans ce numéro.

²¹ Voir M.W. Hesselink, « The New European Legal Culture », in M.W. Hesselink, *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, 11-75.

²² Voir M.W. Hesselink, « Droit privé, réglementation et justice » dans ce numéro.

²³ CJUE, *Viking*, aff. C-438/05.

²⁴ CJUE, *Laval*, aff. C-341/05.

²⁵ Voir D. Kukovec, « Law and the Periphery », *European Law Journal*, 3, 2015, 406-428.

soulever, qu'il s'agisse de l'éloignement de l'approche de l'autonomie privée (Dagan) ou d'acceptions plus générales de la justice (Hesselink). Deux contributions ont été écrites par des universitaires qui sont activement impliqués dans l'étude de l'ERPL. Elles présentent, de façon plus détaillée, les processus décrits dans cette introduction. Les deux autres contributions ont été réalisées par des universitaires extérieurs au projet qui ont un vif intérêt pour la théorie du droit privé et qui analysent de manière critique quelques-unes des idées sous-jacentes du ERPL.

Puisque l'ERPL est basé sur l'idée d'une transformation du droit privé originellement fondé sur l'autonomie en un droit privé orienté vers la réglementation et la concurrence, Hans Micklitz, qui a forgé le terme de droit privé réglementaire européen, examine attentivement le concept de concurrence et sa pertinence pour le droit privé européen. La promotion de la concurrence étant l'un des objectifs clés de l'Union européenne, il se peut que le droit privé créé au niveau européen ait pour fonction de réaliser cet objectif, rendant de ce fait possible de parler d'un droit des contrats concurrentiel ²⁶. Alors que le rôle de la concurrence au sein de la « constitution économique » de l'Union européenne reflète l'héritage ordo-libéral des traités, le droit des contrats concurrentiel ne s'inscrit pas entièrement dans la description ordo-libérale du système juridique de l'Union européenne. Au lieu d'admettre que le droit de la concurrence puisse supplanter le droit privé à chaque

fois que cela conduirait à la création de cartels ou de monopoles, la concurrence joue un rôle plus profond pour le droit privé, le transformant en un instrument pour créer des marchés concurrentiels. Le tableau est encore compliqué par l'évolution même de l'idée de concurrence, qui en est venue à recouvrir des choses différentes au gré de l'évolution du droit privé européen. Pendant un temps, la concurrence était promue non seulement parmi les participants au marché, mais également entre les ordres juridiques de l'Union européenne. Toutefois, dans plusieurs secteurs, la concurrence n'apparaît pas comme étant l'unique objectif poursuivi. Dans le cas de l'union bancaire, par exemple, l'importance de la concurrence a été supplantée par le nouvel objectif de stabilité financière, de sorte que la concurrence peut être considérée comme étant « suspendue » ²⁷. Il peut seulement être ajouté que l'objectif de stabilité financière se répercute dans la réglementation de contrats spécifiques du secteur bancaire, comme cela est très notablement mis en évidence par la nouvelle directive sur les crédits hypothécaires ²⁸ et la nouvelle MiFID²⁹. D'une part, le droit privé peut devenir de plus en plus utile à un dispositif économique particulier – ce qui n'est pas en soi spécialement choquant et qui avait été en réalité déjà vu par Max Weber à la fin du XIX^e siècle ³⁰. D'autre part, néanmoins, la logique économique plus concrète devant être suivie apparaît comme étant

²⁶ H.-W. Micklitz, « The Concept of Competitive Contract Law », *Penn State International Law Review*, 23, 2005, 549-586.

²⁷ H.-W. Micklitz, « La transformation du droit privé par la concurrence », dans ce numéro.

²⁸ Directive 2014/17/UE.

²⁹ Directive 2014/65/UE.

³⁰ M. Weber, « The Nation State and Economic Policy », Adresse de Freiburg, Lecture inaugurale, Freiburg, mai 1895.

en constante évolution. Dans le même esprit, Svetiev, dans sa contribution ³¹ démontre que dans d'autres secteurs, tels que les communications électroniques, et pour des problèmes tels que l'itinérance, le législateur européen reconnaît lui-même explicitement les limites de la concurrence s'agissant tant de l'objectif d'achèvement du marché intérieur que de celui consistant à délivrer des résultats de marché favorables. La concurrence apparaît ainsi comme étant l'un des nombreux objectifs de politique publique qui sont pris en compte par le droit privé réglementaire de manière plus flexible via un dispositif institutionnel expérimental suivant une approche visant à résoudre les problèmes. Si le droit de la concurrence et le droit des contrats concurrentiel ne sont pas les seuls instruments à produire les résultats recherchés, une attention renouvelée à la réglementation des contrats et leur potentiel réglementaire émerge. Par exemple, comme Svetiev l'observe, même la CJUE a accepté des formes plus fortes de réglementation des prix également au niveau national, qui sont soumises à une acceptation expérimentale des principes de proportionnalité et de subsidiarité afin de poursuivre des objectifs de politique publique, comprenant l'objectif général d'équité contractuelle. Si des résultats économiques souhaitables doivent être produits à travers des contrats, on ne s'attend pas à ce que cela soit simplement réalisé en garantissant la liberté contractuelle, mais au contraire en réglementant les relations contractuelles.

Si cela équivaut à un éloignement graduel de l'autonomie d'agents libres et égaux – qui est en soi un concept diffus ayant connu des transformations en raison de différentes pressions sociétales et économiques – afin de réaliser divers objectifs de politique publique – quel est alors le destin du droit privé lui-même ? Est-il temps de réaffirmer que « tout est politique », ce qui est confirmé par les tribunaux qui tendent de plus en plus, de façon controversée, à trouver des limites à l'autonomie privée dans un exercice de balancier de valeurs constitutionnelles égales ? Ce n'est pas un hasard si la menace, qui est posée par la vigueur des considérations publiques dans le domaine du droit privé, a conduit à un débat renouvelé au sein de la littérature américaine ³², tentant de remettre en cause le succès des théories réalistes dans ce contexte qui nie *de facto* l'existence d'une distinction entre deux branches du système juridique.

Ce sujet est abordé par Hanoch Dagan qui développe une critique constructive de la notion d'autonomie réglementée. Il propose une vision alternative – fondée sur des philosophes libéraux tels que Rawls – qui reconnaît l'ancrage de l'autonomie dans la pratique sociale, tout en rejetant l'égalisation potentielle des sphères publique et privée. Le principe directeur de son analyse réside dans le fait que le droit privé accroît notre autonomie au lieu de préserver notre indépendance (tel qu'un droit privé libertaire de marché le présupposerait). Cette prémisse posée, Dagan relève une ambivalence dans la notion d'autonomie réglementée, au sein de laquelle il distingue deux types, acceptant l'un et rejetant l'autre. Plus spécifiquement, l'autonomie réglementée reste fidèle à l'engagement du droit privé d'accroître l'autonomie dans les domaines dans lesquels il «

³¹ Y. Svetiev, « Économisation ou expérimentalisme dans le droit privé sectoriel de l'Union européenne ? », dans ce numéro.

³² J.C.P. Goldberg, « Introduction: Pragmatism and Private Law », *Harvard Law Review*, 125, 2012, 1640-1652.

étend » la liberté (comprenant la liberté d'en inclure d'autres dans nos projets), alors qu'elle est contraire à la justice relationnelle toutes les fois où elle devient un instrument réglementaire en elle-même afin de réaliser d'autres objectifs. En effet, les contributions de Micklitz et Svetiev illustrent et tendent à rationaliser des tendances qui sont déjà présentes en droit positif au lieu de proposer un idéal de justice interpersonnelle qui devrait sous-tendre le droit privé de l'Union européenne. Cela laisse de la place pour le développement d'un concept normatif différent qui devrait idéalement guider le droit. Mais que cet idéal puisse être encore la liberté contractuelle traditionnelle est très discutable, ce d'autant plus que ces tendances affectent généralement les acteurs privés en tant qu'entités juridiques abstraites qui incluent les sociétés et pas seulement les individus puisque les théories de la justice et de l'autonomie concernent souvent les personnes juridiques. Cela renvoie au point mentionné précédemment dans un autre contexte par Collins, selon lequel « le droit des contrats de l'Union européenne considère que les parties aux contrats ne sont pas des personnes physiques ou morales dotées d'intérêts indépendants, mais plutôt qu'elles sont des fonctionnaires du marché »³³. Toute divergence entre la pratique et l'analyse théorique proposée par Dagan sur le fondement de l'idée d'un droit privé libéral (ou rawlsien) conduit inévitablement à des questions de justice.

De telles questions sont reprises dans la contribution de Martijn Hesselink. Alors que Dagan se concentre sur le concept d'autonomie réglementée, Hesselink se penche sur la seconde composante conceptuelle de l'idée de droit privé réglementaire européen, *i.e.* la notion de justice de l'accès. L'auteur est en désaccord avec (d'un point de vue descriptif) les propositions opérées par l'ERPL quant à l'aperçu complet du droit privé européen et avec (d'un point de vue normatif) l'idée que la justice de l'accès puisse être considérée comme un modèle de justice adéquat pour le droit privé européen. En premier lieu, il suggère que d'autres caractéristiques communes, provenant d'autres branches du droit privé européen, sont très bien développées, en particulier le droit de la consommation. En second lieu, Hesselink se concentre sur la question de la légitimité, relevant le risque que l'analyse du droit privé réglementaire européen puisse devenir « apologétique ou même soutenir des pratiques qui, du point de vue de la légitimité, et donc du point de vue de la justice » sont « hautement problématiques »³⁴. À ce stade, en suivant ce raisonnement et en reconnaissant même la distinction entre droit privé et droit public, la capacité du droit privé (réglementaire) européen à poursuivre des objectifs de politique publique en vient à dépendre de questions de légitimité.

En dépit de questions si complexes portant sur le dispositif institutionnel réel – et en constante évolution – du droit de l'Union européenne, la réalité empirique décrite par l'idée de droit privé réglementaire européen propose déjà un tableau vivant du droit, caractérisé par le développement d'objectifs nouveaux et évolutifs, de nouveaux arrangements et des façons inventives de traiter de problèmes à la fois anciens et naissants. En tant que telle, l'intégration juridique de l'Union européenne pourrait avoir

³³ H. Collins, « The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-national Law », *op. cit.*, n. 11, 321.

³⁴ M.W. Hesselink, « Droit privé, réglementation et justice », dans ce numéro.

pour effet d'ouvrir de nouvelles possibilités pour le droit privé, au lieu de le contraindre à rester dans un carcan (le marché) unidimensionnel. Les conséquences théoriques que cela pourrait avoir apparaissent comme étant fondamentales et engendrent des conséquences ayant trait à la liberté, la justice et la légitimité.

SUMMARY

The reality of private law cannot be described by an exclusive reference to the general contract law to be found in national codifications or landmark decisions of the Courts anymore. The growing influence of European directives and regulations meant to achieve specific policy objectives, the interpretation of national law in light of economic goals in a transnational dimension, and the development of alternative but impactful venues of law-making and dispute-settlement, both at the European and national level, concur to delineate what is termed European regulatory private law. This contribution offers an introduction to that notion and focuses in particular on its key theoretical foundations, presenting both their significance for private law and some of the problematic issues that they rise, including a discussion of the criticisms that have been made against them.

Mots clés : droit privé, droit privé réglementaire européen, autonomie réglementée, justice de l'accès

Keywords: private law, European regulatory private law, regulated autonomy, access justice